
**ENSINO JURÍDICO, DECISIONISMO E ATIVISMO JUDICIAL: REFLEXÕES PARA
UMA EXPERIÊNCIA (MAIS) DEMOCRÁTICA EM *TERRAE BRASILIS*****Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino¹****Rafaela Baldissera²****Resumo**

O Estado Brasileiro é definido como democrático e encontra-se alicerçado por princípios que priorizam a igualdade, a justiça e a liberdade; contudo, o Poder Judiciário, responsável por efetivar essas principiologias democráticas, apresenta condutas contrárias a esse regime político adotado pelo povo brasileiro. O objetivo geral deste estudo é investigar se, ainda que as respostas aos casos concretos não contenham regras claras no ordenamento jurídico, o julgador dispõe de liberdade para decidir de acordo com seu próprio pensamento, mesmo que este esteja repleto de subjetividades. O método adotado foi o Dedutivo. Ao final, constata-se que os juízes, ao incorporarem papéis de protagonistas, prevalecem-se de seu poder de decidir e estabelecem soluções aos casos concretos a partir de seu livre, pessoal e particular convencimento.

Palavras-chave: Ensino Jurídico; Decisões; Democracia; Discricionariedade Judicial; Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito deve acompanhar o desenvolvimento da Sociedade³, e, conseqüentemente, as interpretações

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado – em Direito da Faculdade Meridional – IMED. Pesquisador da Faculdade Meridional. Membro do Grupo de Estudos Interdisciplinares em Ciências Humanas, Contingência e Técnica na linha de pesquisa Norma, Sustentabilidade e Cidadania da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Ética, Cidadania e Sustentabilidade no Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos da Faculdade Meridional - IMED. Vice-líder no Centro Brasileiro de pesquisa sobre a teoria da Justiça de Amartya Sen. Membro da Associação Brasileira de Ensino de Direito - ABEDI. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Empresarial e Sustentabilidade, do Instituto Blumenauense de Ensino Superior. Passo Fundo. RS. Brasil. E-mail: sergiorfaquino@gmail.com

² Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista UPF. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico pela Faculdade Meridional (IMED). Membro do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED). E-mail: rafaela_baldissera@hotmail.com

³ “A sociedade, enquanto fenômeno humano, decorre da associação de homens, da vida em comum, fundada na mesma origem, nos mesmos usos, costumes, valores, cultura e história. Constitui-se sociedade no e pelo fluxo das necessidades e potencialidades da vida humana; o que implica tanto a experiência da solidariedade, do cuidado, quanto da oposição, da conflitividade. Organização e caos são pólos complementares de um mesmo movimento – dialético – que dá dinamismo à vida da sociedade”. (DIAS, 2010, p. 487).

jurídicas necessitam moldar-se ao momento vigente. Ocorre que, nas últimas décadas, a multiplicidade de entendimentos jurídicos, oriundos das interpretações subjetivas dos julgadores, tem provocado conflitos no Poder Judiciário, bem como severas críticas quanto às imparciais decisões dos magistrados.

A atuação dos juízes, vistos como verdadeiros protagonistas do Poder Judiciário, tem favorecido um fenômeno conhecido por ativismo judicial. Nesse sentido, o problema formulado para a presente pesquisa questiona: Os critérios extrajurídicos poderiam ser utilizados para se chegar à solução dos casos concretos, ou seja, seria plausível que, a fim de decidir as demandas do Poder Judiciário, a convicção do juiz-intérprete fosse construída com base numa discricionariedade judicial, motivada pelos preceitos pessoais desse julgador?

A hipótese de solução se constrói na possibilidade de demonstrar que as deficiências encontradas no Ensino Jurídico⁴ fragilizam o Direito, bem como trazem insegurança às decisões proferidas pelos julgadores. E, ainda, procura confirmar que a discricionariedade e os decisionismos dominam as apreciações no Poder Judiciário brasileiro, fornecendo respaldo para que surjam novas modalidades jurisdicionais com atuação expandida, como é o caso do ativismo judicial.

O fato é que, com um aprendizado jurídico padronizado e deficiente, os julgadores não são ensinados a compor pensamentos reflexivos, a fim de entenderem os significados propostos pela linguagem jurídica⁵. Por esse motivo, acabam por resolver os casos concretos a partir de seus valores e suas ideologias, ou seja, criam decisões puramente discricionárias em detrimento à elaboração interpretativa do Direito⁶ com responsabilidade, coerência e integridade.

Desse modo, o Objetivo Geral deste estudo é investigar se, ainda que as respostas aos casos concretos não contenham regras claras no ordenamento jurídico, o julgador dispõe de liberdade para decidir de acordo com seu próprio pensamento, mesmo que este esteja repleto de subjetividades. Os objetivos específicos são: a)

⁴ “Talvez o caminho para se recuperar o Direito e seu ensino como forma de libertação, colocando-o a serviço de toda sociedade, da democracia, da justiça social – reinventando o desejo e o sonho e aceitando as diferenças –, esteja na construção de discursos marginais – avessos ao padrão de normalidade dominante – que consigam, a partir da proposição de novos universos simbólicos, criar utopias e caminhar no sentido de efetivá-las. Sonhar com o novo e lutar pela sua realização já é o primeiro passo para a sua concretização. Marginalidade e utopia talvez sejam o início de um novo caminho...”. (RODRIGUES, 2000, p. 29).

⁵ “A (nova) demanda teórica exige(ria), [...], uma postura crítica. A Teoria Geral do Direito seria percebida como espaço semiológico por excelência: mais precisamente da Semiologia do Poder. Nessa linha de pensamento, construir-se-ia uma articulação de criação e denúncia a fim de se compreender os sentidos latentes e manifestos presentes na pluralidade anódina. [...] Não se encontra nesses estudos a clássica relação entre os signos e a linguagem porque esta remete seu sentido a uma fundamentação sócio-política. Pretende-se perceber dois momentos distintos: a) o discurso proferido pelo poder (institucional); b) o poder presente nas palavras, ou seja, *o poder do discurso* numa Sociedade. [...] Quebra-se o monopólio estatal ao se perceber, estudar e concretizar a participação civil como prática semiológica do poder (institucional ou social). A produção normativa deixa de ser uma criação ideológica dos juristas (sistema fechado) a fim de perpetuar a idéia de domínio (persuasão e estereótipos) para se tornar *in loco* a identificação e materialização de estratégias e mecanismos que possibilitem a (re)construção dos discursos (especialmente o jurídico) como espaços democráticos”. (AQUINO, 2016, p. 93).

⁶ Essa categoria precisa ser entendida, também, como experiência humana. Segundo Reale, Direito expressa o “[...] complexo de valorações e comportamentos que os homens realizam em seu viver comum, atribuindo-lhes um significado suscetível de qualificação jurídica [...]”. (REALE, 2010, p. 31).

identificar se Ensino Jurídico ignora a realidade do mundo da vida e insiste em posturas educacionais massificadas, sem fundamentos críticos; b) compreender que as decisões judiciais possuem parâmetros constitucionais e hermenêuticos para sua elaboração; c) atestar que as decisões judiciais não são o produto de escolhas particulares dos julgadores a fim de se evitar o ativismo judicial.

A pesquisa utiliza, na fase de investigação e elaboração de seu relatório, o Método Dedutivo⁷. Na fase de tratamento de dados, aciona-se o Método Cartesiano⁸. No intuito de viabilizar os métodos eleitos, usam-se como técnicas a Pesquisa Bibliográfica e Documental⁹, a Categoria¹⁰ e o Conceito Operacional¹¹.

O primeiro tópico aborda a relação que se estabelece entre o Ensino Jurídico e a Discricionariedade Judicial. Em um segundo momento, são elaboradas reflexões acerca das decisões judiciais, bem como dos protagonismos do Poder Judiciário e, por fim, fez-se necessário verificar a quais são os efeitos da prática chamada ativismo judicial.

A RELAÇÃO ENTRE O ENSINO JURÍDICO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A partir de ideias apresentadas pela doutrina, o Ensino Jurídico tem revelado, há tempo, uma crise no seu processo educativo, visto que a padronização do conhecimento, na qual o aprendizado do Direito está sendo alicerçado, tem se mostrado deficiente e inadequada à formação dos futuros juristas.

Dessa forma, Carvalho (2011, p. 06) entende que “[...] a crise do Direito, portanto, está ligada diretamente à forma pela qual o conhecimento é repassado e assimilado”. Nessa linha de pensamento, torna-se preocupante que as falhas procedimentais, as quais assombram o sistema jurídico, se iniciam desde as primeiras fases das faculdades e universidades, onde os ensinamentos são uniformizados pelos Professores e memorizados pelos Alunos.

Essa ausência de interação, de diálogo entre Professores e Alunos, assemelha-se muito àquilo que Freire denominou como “Educação Bancária¹²”. Hoje, o Ensino Jurídico não se preocupa com profissionais críticos de

⁷ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”. (PASOLD, 2015, p. 213).

⁸ “[...] base lógico-comportamental proposta por Descartes, [...], e que pode ser sintetizada em quatro regras: 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar”. (PASOLD, 2015, p. 212).

⁹ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. (PASOLD, 2015, p. 215).

¹⁰ “[...] palavra ou expressão estratégia à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. (PASOLD, 2015, p. 205).

¹¹ “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos da ideia exposta”. (PASOLD, 2015, p. 205).

¹² “[...] Nela, o educador aparece como seu indiscutível agente, como seu real sujeito, cuja tarefa indeclinável é ‘encher’ os educandos dos conteúdos de sua narração. Conteúdos que são retalhos da realidade desconectados da totalidade em que se engendram e em cuja visão ganhariam significação. [...] A narração, de que o educador é o sujeito, conduz os educandos à memorização mecânica do conteúdo narrado. Mais ainda, a narração os transforma em ‘vasilhas’, em recipientes a serem ‘enchidos’ pelo educador. Quanto mais vá ‘enchendo’, os recipientes com seus ‘depósitos’, tanto melhor educador será. Quanto mais se deixem docilmente ‘encher’, tanto melhores educandos serão. [...] Na visão ‘bancária’ da educação, o ‘saber’ é uma doação dos que

sua própria época, sensibilizados com as misérias humanas, mas tão somente em operadores, cuja linguagem deve ser estritamente técnica, formal, procedimental sem qualquer preocupação com as dificuldades tipicamente humanas¹³.

Nesse sentido, faz-se necessário entender que o Direito não pode ser visto como uma “técnica”, pois este não deve ser resumido a meras práticas profissionalizantes (STRECK, 2016, p. 35). A partir dessa percepção, a estrutura das aulas jurídicas não deve se apoiar na repetição de dogmas, pois, desse modo, atrasariam (ou até anulariam) a compreensão da problemática crise que assola o direito, bem como a busca por um sistema mais justo e verdadeiro, conforme alerta Fagúndez (2000, p. 14).

O fato é que muitos Alunos dos cursos de Direito já aspiram a um cargo público logo nos primeiros semestres da graduação. Os Professores estão se adequando às solicitações dos seus clientes universitários, uma vez que os concursos públicos estão demandando um ensino padronizado, e, considerando esse apelo, o Professor é conduzido a apresentar textos cada vez mais reduzidos, manuais voltados a carreiras públicas e a priorizar o ensino de métodos direcionados à execução de provas (STRECK, 2016, p. 35).

Educação não é objeto, nem mercadoria¹⁴. O Ensino do Direito torna-se algo irreconhecível quando expurga de suas preocupações o Ser Humano. Se o Direito se destina à resolução de conflitos, como se torna possível compreendê-lo sem conhecer, na sua profundidade “oceânica”, a nossa humanidade? Por esse motivo, é necessário, aqui, rememorar o pensamento de Warat: precisa-se apostar não apenas numa Razão Lógica, abstrata, mas uma Razão Sensível¹⁵, a qual conduza Professores e Acadêmicos para “O Outro pensar¹⁶”.

se julgam sábios aos que julgam nada saber. Doação que se funda numa das manifestações instrumentais da ideologia da opressão – a absolutização da ignorância, que constitui o que chamamos de alienação da ignorância, segundo a qual esta sempre se encontra no outro. O educador, que aliena a ignorância, se mantém em posições fixas, invariáveis. Será sempre o que sabe, enquanto os educandos serão sempre os que não sabem. A rigidez destas posições nega a educação e o conhecimento como processos de busca”. (FREIRE, 2005, p. 65 e 67).

¹³ “É lamentável observar como a Realidade e o Direito se distanciam no decorrer dos tempos. Triste é perceber que a primeira expressão precisa se moldar aos discursos de muitos Professores, os quais, ao aplicarem determinados “filtros”, acabam por distorcê-la, ou seja, não a compreendem como é. O resultado dessa deformação educacional são as interpretações equivocadas, esquematizadas, facilitadoras para um Direito mais lógico sem que haja qualquer preocupação com as pessoas”. (AQUINO; DANIELI, 2016, p. 12)

¹⁴ “O ensino jurídico mercadorizado, tornado objeto de fetiche, ou como forma de ascensão social rápida, se converteu em um ensino forjado a partir das exigências da heteronomia de mercado. Por isso, sua função preparatória (formativa) se minimiza em uma função instrutória (deformativa). Faculdades de Direito se tornam, não raro, fábricas de adestramento (que se faz com ratos de laboratório por condicionamento) aos imperativos de mercado, às exigências imediatistas. [...] Se é realidade hoje que Faculdades de Direito não formam juristas, propriamente ditos, pode-se ir mais longe para se dizer que Faculdades de Direito sequer chegam a formar operadores de Direito, mas produzem em escala quase fabril quantidades enormes de operários do sistema”. (BITTAR, 2006, p. 28/29).

¹⁵ “[...] Uma razão que saiba traçar a cartografia das incertezas, do imprevisível, do azar, da desordem do trágico e de todos os outros elementos incontroláveis que contêm todas e cada uma das situações humanas e mundanas (os elementos do mundo que se encontram às voltas do humano)”. (WARAT, 2004, p. 44).

¹⁶ “[...] Precisamos deslocar-nos das formas da razão abstrata à procura de O Outro pensar se queremos compreender a sociedade nascente. O mundo por vir não permite mumificar o sujeito vivente. O conceito é para a vida o que o esqueleto é para o corpo. O Outro pensar articula a experiência de sentido dada pela razão conceitual com as formas de compreensão derivadas do sensível. A

Ocorre que o aprendizado do Direito deve estar pautado em uma construção, deixando de lado a repetição de crenças jurídicas, pois é nesse construir do conhecimento que se reflete sobre a organização do poder, perseguindo outros rumos, novas legislações e decisões, redesenhando outros posicionamentos da justiça frente aos cidadãos e à Sociedade. Contudo, o que tem ocorrido no momento presente afronta qualquer perspectiva educacional, pois o que se pretende é apenas a memorização de diversas fontes de informação repassadas ao universitário, sem que haja qualquer reflexão mais fundamentada e distanciada ou descontextualizada da realidade social (FAGÚNDEZ, 2000, p. 18).

Diante desse cenário, verifica-se um Ensino Jurídico incapaz de compreender as relações humanas, essencialmente técnico e padronizado, o qual reproduz juristas aprisionados em paradigmas. Esses investem anos de estudo na leitura de livros que abreviam os significados sócio-histórico-culturais do Direito¹⁷, ou seja, insistem na aquisição de manuais que simplificam o que não pode ser simplificado¹⁸.

Atualmente, os universitários não demonstram interesse no desenvolvimento da sabedoria acerca do complexo significado do Direito, mas parecem perseguir apenas a aprovação em concursos públicos e provas jurídicas. Dessa forma, percebe-se que a principal preocupação dos formandos em Direito está relacionada à sua classificação nos testes seletivos e, nesse ponto, o conteúdo fixado para que essa meta seja atingida limita-se apenas em decorar leis, conceitos e as últimas tendências jurisprudenciais (STRECK, 2016, p. 34/35).

Pouco a pouco, o Ensino Jurídico torna-se um deserto real, os universitários apenas decoram leis, códigos, resumos, artigos e decisões judiciais, pelo simples fato de que precisam armazenar o maior número de informações para que a aprovação, em um concurso público, aconteça. Tanto o ensino quanto a doutrina buscam moldar-se aos padrões concursais, pois são utilizados como instrumentos de apoio para a indústria dos cursos preparatórios para concursos (STRECK, 2016, p. 35).

Em seus ensinamentos, o jurista, na qualidade de Professor, repassa o que já está pronto e solidificado como conhecimento jurídico, sem contestação e julgamentos, trazendo conclusões voltadas ao direito posto, sem que sejam possibilitadas reflexões ou questionamentos daquilo que já se encontra consolidado. Nessa linha de pensamento, “[...] essas abstrações não só levam a um progressivo distanciamento da realidade, mas também a uma fórmula positivista reducionista” (FARIA, 1987, p. 28).

sociedade que está por vir precisa de O Outro pensar, uma postura intelectual que permita quebrar a visão unívoca de um mundo que não é possível dominar com a assistência da razão abstrata de um modo exclusivo”. (WARAT, 2004, p. 45).

¹⁷ “Como lugar de conhecimento sobre as condições de possibilidades da ação humana projetada no mundo, os cursos jurídicos não dão conta (ou não querem fazê-lo) de captar as contradições da realidade. A busca de autossuficiência no jurídico os torna impotentes para entenderem qualquer fenômeno a um palmo do código”. (RODRIGUES, 2004, p. 110).

¹⁸ Ou seja, “O ensino jurídico continua estandardizado. Não mudou muito nos últimos 40 ou 50 anos. Na verdade, pode ter piorado com o Google e essa pós-modernidade. O senso comum teórico dos juristas domina o imaginário dos juristas. Parcela considerável dos livros utilizados nas salas de aula dos cursos de Direito hoje poderiam ter uma tarja como as que existem nas

A expressão “operadores jurídicos” designa, com clareza, essa atual situação. Os Alunos e Alunas dos cursos de Direito não são ensinados a desenvolver pensamentos críticos, a interpretar com responsabilidade política ou a entender a verdadeira linguagem jurídica. O problema é que esses conhecimentos estandardizados refletem na prática jurisdicional e no próprio serviço público, além de enfraquecerem o modelo democrático brasileiro (STRECK, 2016, p. 42).

Logo, a forma *standard*, como o Ensino Jurídico tem sido praticado, tem fragilizado a autonomia do Direito (STRECK, 2011, p. 18), uma vez que facilita e, de certa forma, colabora com os decisionismos cometidos pelos juristas, além de corroborar para que a discricionariedade se instale, cada vez mais, no sistema jurídico brasileiro¹⁹.

Observa-se que a crise pela qual atravessa o Direito funda-se num ensino padronizado e desqualificado, voltado a uma superficial aprovação em provas concursais, que valida verdadeiros protagonistas judiciais, visto que as soluções para os casos concretos não poderão ser encontradas nas legislações decoradas ou nos relatos dos manuais de Direito. Essa é, genuinamente, uma educação a qual prima pela barbárie²⁰.

Nesse sentido, frente aos casos concretos, percebe-se que o universo do Direito possibilita que várias interpretações possam ser realizadas a um só dispositivo legal. Desse modo, perante a abertura conceitual e interpretativa que as significações jurídicas proporcionam, os juízes têm a responsabilidade de fecharem a pluralidade de entendimentos, conforme Cover (1983) a fim de que consigam solucionar as ações judiciais. No entanto, e a partir dessa polissemia jurídica, o julgador não está autorizado a decidir conforme sua pessoal convicção.

A partir dessa ponderação, Streck (2016, p. 10) assevera que as palavras da lei são plurívocas, no entanto, informa que “[...] isso não significa que o processo hermenêutico admita discricionariedades e decisionismos”.

Ocorre que muitos desses magistrados passaram pela necessidade de se moldarem a um aprendizado voltado às provas de concurso público, bem como não foram ensinados a posicionar-se de modo reflexivo e

carteiras de cigarro: o uso constante desse material fará mal a sua saúde mental. Ora, o direito é um fenômeno complexo. Como é possível simplificar essa complexidade?” (STRECK, 2011, p. 19).

¹⁹ “Não é possível observar os devires humanos como fonte criativa do Direito quando o diálogo se sobrepõe ao império da Norma Jurídica. É possível que os deveres obscureçam os devires? A resposta parece muito positiva. Novamente, insiste-se: sem oportunidades de reflexão, diálogo, aperfeiçoamento e crescimento como é possível exigir um Direito capaz de proteger a todos nós, especialmente em momentos cuja orientação existencial parece não evidenciar nenhum significado a todas as pessoas? A pergunta permanece sem respostas certas e definitivas (é um alívio)”. (AQUINO, 2014, p. 102).

²⁰ “Sob argumento diferente, de uma Educação contra a barbárie, Adorno rememora: “[...] O problema que se impõe nesta medida é saber por meio da educação pode-se transformar algo de decisivo em relação à barbárie. Entendo por barbárie algo muito simples, ou seja, que estando na civilização do mais alto desenvolvimento tecnológico, as pessoas se encontrem atrasadas de um modo peculiarmente disforme em relação a sua própria civilização – e não apenas por não terem em sua arrasadora maioria experimentado a formação nos termos correspondentes ao conceito de civilização, mas também por se encontrarem tomadas por uma agressividade primitiva, um ódio primitivo ou, na terminologia culta, um impulso de destruição, que contribui para aumentar ainda mais o perigo de que toda esta civilização venha a explodir, aliás uma tendência imanente que a caracteriza. Considero tão urgente impedir isto que eu reordenaria todos os outros objetivos educacionais por esta prioridade”. (ADORNO, 1995, p. 155).

crítico frente à prática processual. Consequentemente, a subjetividade invade as decisões judiciais e demonstra que a ausência de um ensino qualificado, ainda nos bancos universitários, já traz problemas que repercutem no próprio Poder Judiciário. Essa condição não significa que se impute ao juiz uma natureza suprassensível ao ato de julgar, livre de dores, angústias, ideias e ideologias, mas que reconheça os limites de sua subjetividade expressa na atividade da *sententia ferenda*.

Nesse sentido, as interpretações utilizadas para solucionar as demandas judiciais não devem ser o resultado de escolhas pessoais do julgador, pois são os caracteres jurídicos que precisam prevalecer. Esse modelo de protagonismo é inadequado à segurança e à estabilidade do Poder Judiciário (STRECK, 2016, p. 78 e 94).

A partir desses argumentos, torna-se improvável pensar que o Direito irá ser resgatado e se transformará em um instrumento capaz de elevar os compromissos de uma Constituição Dirigente enquanto não houver reestruturação na forma de entender a Sociedade, não for superada a discricionariedade judicial, bem como os vícios jurídicos que orientam o senso comum dos julgadores²¹.

Não obstante haja um Ensino Jurídico deficiente, despreocupado em desenvolver raciocínios reflexivos e cautelosos, entende-se que os julgadores não devem resolver os casos concretos por meio de fundamentações subjetivas, as quais identificam lacunas nas legislações a fim de encontrarem justificativas para aplicar a sua livre consciência na elaboração das decisões judiciais. Nesse momento, o Estado-juiz não exerce função social e pode criar, ainda, um significativo dano não apenas às partes envolvidas, mas todos os cidadãos e cidadãs.

Se a abertura interpretativa servir de respaldo para que o pensamento individual dos juízes se consolide, as decisões estarão priorizando os preceitos pessoais de cada magistrado-intérprete e, com isso, aumentarão as inseguranças no sistema jurídico, bem como haverá a expansão da discricionariedade judicial junto ao engrandecimento dos protagonistas do Poder Judiciário.

AS DECISÕES JUDICIAIS E OS PROTAGONISTAS DO PODER JUDICIÁRIO

A diversidade de entendimentos envolvendo as interpretações jurídicas facilitam os conflitos no Poder Judiciário, uma vez que as disputas se concentram nos diferentes significados e sentidos que podem ser encontrados em determinadas leis, normas, conceitos e, posteriormente, até mesmo, nas próprias decisões judiciais, as quais, muitas vezes, também são contestadas diante dos Tribunais Superiores devido ao seu conteúdo dúbio.

²¹ “Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar o esquema sujeito-objeto, sem superar a cultura manualesca que assola e domina o imaginário dos juristas, sem superar a discricionariedade positivista e a falsa impressão de que são críticas as determinadas posturas subjetivistas-axiologistas que desconsideram o texto (inclusive da Constituição), parece temerário falar no resgate do papel transformador do direito, entendido como aquele que exsurge do papel dirigente e compromissório da Constituição”. (STRECK, 2016, p. 42/43).

Não é novidade o fato de as normas jurídicas terem pluralidade de sentidos. No entanto, o chamado discricionarismo decisional é um fenômeno que deve ser analisado com cautela nas demandas judiciais. A discricionariedade pode estar maculada de subjetivismos e, desse modo, ao apresentar contrariedade aos princípios voltados à justiça e igualdade social, não se enquadra ao modelo de Estado Democrático de Direito (STRECK, 2016, p. 79).

Nesse sentido, resta necessário dialogar acerca da força que o protagonismo judicial tem exercido sob a atividade jurisdicional, visto que este tenta desassociar-se do positivismo jurídico e acaba fortalecendo-se a cada dia (SANTOS, 2015, p. 204).

A liberdade de convencimento do juiz e as formas de instrumentalizar os processos justificam o crédito que o magistrado detém em mostrar que a sua resposta, para cada situação particular, está associada à justiça e a princípios sociais. Contudo, nesse contexto, Santos (2015, p. 204) segue afirmando que não seria possível “[...] diante da pluralidade e complexidade social na qual estamos imersos, definir o que seja justiça social, e, a partir disso, confiar na sapiência do juiz para destacar os valores supremos da Sociedade que poderiam influenciá-lo nas decisões”.

O fato é que se vive um tempo em que o Constitucionalismo se confronta com os Positivismos. Dessa forma, Streck considera necessário que haja um debate a respeito da problemática que se apresenta na contemporaneidade: como interpretar²², como aplicar e se haveria a possibilidade de garantir uma resposta correta²³, por meio das chamadas “condições interpretativas” (STRECK, 2016, p. 47).

Quando o juiz estiver submetido a sua própria consciência, não pode ser assegurado que as peculiaridades e alegações que concernem à causa processual serão observadas. A partir dessa condição, entende-se que é necessário escapar de possíveis protagonismos judiciais, pois o processo deve ser guiado com responsabilidade e colaboração de todos os integrantes envolvidos, a fim de que decisões democráticas possam ser efetivadas (SANTOS, 2015, p. 205).

²² “Ora, se interpretar é aplicar, não há um pensamento teórico que ‘flutua’ sobre os objetos do mundo, apto a dar sentido ao ‘mundo sensível’. O sentido de algo se dá, ele acontece. Na verdade, o pensamento dogmático do direito não conseguiu escapar do elemento central da tradição kantiana: o dualismo. É por ele que fomos introduzidos na modernidade numa separação entre consciências e mundo, entre palavras e coisas, entre linguagem e objeto, entre sentido e percepção, entre determinante e determinado, entre teoria e prática. [...] É essa relação sujeito-objeto que sustenta as dicotomias ou os dualismos que povoam o imaginário dos juristas”. (STRECK, 2013a, p. 63).

²³ “[...] sob o manto da *discricionariedade judicial*, escondeu-se uma perspectiva que aposta no juiz, como protagonista do Direito em detrimento dos princípios. [...] Por isso, quando Dworkin diz que o juiz há de decidir a partir de *argumentos de princípio*, concebe-se não como entes dados previamente, de forma a serem alcançados por um esforço intelectual individual dos julgadores. Pelo contrário, o manejo dos princípios aponta, efetivamente, para os limites que se há de impor ao ato de aplicação judicial, em ordem a afastar dessa mesma aplicação as convicções políticas, morais e pessoais de quem decide, por isso os princípios se vão afirmando e modificando ao longo do tempo e dependem de interpretações da prática jurídica como um todo. [...] O Direito – e uma teoria de decisão judicial –, deve preocupar-se com a *applicatio*; deve levar em conta a facticidade, a tradição, os princípios e a Constituição. Deve direcionar-se à resposta; à resposta correta e constitucionalmente adequada. Que definitivamente, não estará onde o positivismo estiver”. (FACCINI NETO, 2011, p. 88/89). Grifos da obra original estudada.

Logo, o processo jurisdicional tem sido palco de vários questionamentos teóricos, pois a crescente atuação do Poder Judiciário parece estar contribuindo para que magistrados e Tribunais sejam protagonistas em procedimentos decisórios, ainda que essa posição não esteja em conformidade com a Constituição (SANTOS, 2015, p. 194). Macula-se, a partir dessa atitude pouco ortodoxa, o equilíbrio constitucionalmente assegurado entre os poderes. Somente no caso de se ampliar ou ressignificar as funções do Executivo, Legislativo e Judiciário, é que o ímpeto de “salvar a Sociedade de suas mazelas”, especialmente institucionais, poderia ter algum significado. Fora desse cenário, o protagonismo judicial apenas enfraquece a vida republicana.

Ocorre que os juízes se beneficiam do poder que o Judiciário tem e fortalecem interpretações particulares, contrárias aos princípios de imparcialidade e que, de certa forma, acabam por enfraquecer os preceitos democráticos previstos na Constituição Federal.

E, ainda, observa-se que as ações julgadas pelos Tribunais brasileiros têm considerado a decisão de cada integrante, ou seja, a percepção dos membros dos Tribunais, um a um, é ponderada, produzindo esperanças, mas também inseguranças diante do resultado final. A demanda a ser julgada, diante desse argumento, permanece incerta, já que existe a probabilidade de ser ou não modificada pelos membros da instância superior (BRAGA, 2014, p. 14).

Esse cenário revela que os decisionismos encontram-se arraigados em todo o judiciário brasileiro, desde a instância primária até os órgãos superiores, os quais deveriam priorizar no seu bojo a observância das normas constitucionais e, no entanto, invocam “[...] construções jurídicas das mais variadas, inclusive os conhecidos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, ultimamente, de tantos outros que sirvam para justificar a postura voluntarista do referido poder”. (BRAGA, 2014, p. 14).

Assim, entende-se que as interpretações e posteriores decisões tornam-se discricionárias por fazerem valer a vontade do julgador. A partir dessa condição, os critérios voluntaristas orientados pelos preconceitos, princípios, valores e costumes pessoais dos magistrados se sobressaem na tomada de decisão, aumentando as arbitrariedades e, por esse motivo, essas formas de decidir não podem predominar no Poder Judiciário.

Nesse sentido, deve ser considerado que a polissemia e as lacunas estarão presentes no Direito, mas a “[...] questão é saber o que fazer nesses casos: ou entregar ao juiz a possibilidade de decidir discricionariamente, ou construir uma teoria da decisão preocupada com o Estado Democrático de Direito que exige do Judiciário responsabilidade política” em conformidade com as prescrições constitucionais (STRECK, 2015, p. 03).

A segunda opção parece aquela a qual resgata o sentido da expressão Segurança Jurídica²⁴, porque se

²⁴ “Quando se trata de segurança jurídica individual, não basta que a lei hipotética e abstratamente garanta o direito de exigibilidade só porque estabeleça a hipótese de sanções. É preciso que os instrumentos coercitivos do Estado sejam suficientemente eficazes para que a norma substantiva seja aplicada. Mas, [...], o próprio processo com suas armadilhas procedimentais, verdadeiras areias

observa o significado constitutivo do Direito entre as suas afirmações dogmáticas e os eventos que ocorrem na vida de todos os dias. Qualquer argumento proposto na elaboração de sentenças que não enfrente, com serenidade, esse cenário, caracteriza-se apenas como opinião pessoal sobre fatos, pessoas e direitos. Os poderes republicanos não devem ter essa representação exagerada de ideologias e preconceitos, mas a conjugação de uma Razão Abstrata, conceitual, com outra Sensível, a qual se manifesta nas galerias subterrâneas de nosso cotidiano.

A partir dessa proposição, observa-se que o juiz não está proibido de interpretar e analisar os casos concretos seguindo seus estudos e aprendizados jurídicos, uma vez que é improvável haver completa neutralidade em um ser humano, entretanto, bem diferente ocorre quando o julgador pretende excluir os sentidos da lei para assegurar percepções próprias (STRECK, 2015, p. 03). Por esse motivo, as condições que compõem os fundamentos de uma sentença ou acórdão devem estar pautadas em reflexões responsáveis e éticas²⁵, juridicamente adequadas aos mandamentos constitucionais.

O fato é que os juízes não devem decidir as demandas judiciais a partir de avaliações extrajurídicas. Essa máxima deve prevalecer, ainda que as regulamentações do ordenamento contenham obscuridades e dualidade de sentidos, visto que, nestes casos, os critérios jurídicos devem sobressair-se, sem a necessidade de arbitrariedades.

Dessa forma, frente ao ativo papel institucional e social do Judiciário, pesquisadores do Direito convergem seus estudos à análise da discricionariedade com o chamado ativismo judicial, pois a intervenção alargada do Poder Judiciário demanda maior responsabilidade aos seus julgadores, sem que haja prevalecimentos.

O ATIVISMO JUDICIAL EM *TERRAE BRASILIS*

A efetivação do ativismo judicial contextualiza-se, no Brasil, a partir de uma influência norte-americana, visto que, nos Estados Unidos, a intervenção dos juízes, por meio de decisões ativistas, há anos, já havia sobrevoado as Cortes Americanas, com inovações jurisprudenciais ausentes de previsão constitucional.

Nesse sentido, Tassinari relata sobre a origem da prática ativista judicial nos Estados Unidos, mencionando o caso *Marbury contra Madison* e sua decisão emblemática, conhecida por ser um marco para o surgimento do controle de constitucionalidade. Ocorre que, nesse caso em concreto, o *Chief Justice* Marshall foi o responsável por formular o suporte teórico para o controle de constitucionalidade e, por esse motivo, afirma-se que a criação desse sistema teve início na jurisprudência estadunidense, já que a própria Constituição Norte

movediças no que concerne a prazos, exceções, prescrições e uma paradoxal 'finalística das preliminares', pode fazer com que o exercício da exigibilidade se torne uma terrível frustração para o sujeito de direito". (MELO, 1998, p. 38).

²⁵ "Uma tentação não muito pequena neste contexto é a de traçar princípios vagos, no céu dos conceitos, e depois tudo concretizar, não raro de forma literalista e especiosa. Essa é a pior das ordenações de vida. Se as éticas de Aristóteles não eram sequer prescritivas, antes caracterológicas (ou descritivas), já estes catálogos prescritivos imperativos (preceptivos ou proibitivos) são perigosas bússolas, porquanto indicam sempre um norte sem estarem localizados em parte alguma". (CUNHA, 2010, p. 119/120).

Americana não fazia referências sobre essas revisões constitucionais²⁶.

Segundo Tassinari (2012, p. 25/26), o fenômeno do ativismo que se tem delineado no Brasil não se caracteriza exatamente da mesma forma que aquela adotada nos Estados Unidos, uma vez que o relato histórico e jurídico pelo qual veio à tona, neste país, é bastante diverso. O fraco entendimento e uma falta de reflexão adequada pelo Poder Judiciário brasileiro sobre o ativismo judicial permitiram que as inserções constitucionais servissem de base para o Poder Judiciário encontrar amparo para delinear posições ativistas.

Na visão de Streck (2010, p. 23), o contexto estadunidense está atrelado a uma essência solipsista, visto que, ao descrever o famoso caso da Corte de Warren (1953 – 1969), refere que este “[...] foi resultado da concepção pessoal de certo número de juízes e não de um sentimento constitucional acerca dessa problemática”. Nessa linha de pensamento, segue o autor (2010, p. 23) no sentido desse ser um caso de ativismo cujo motivo possui uma raiz solipsista e, por isso, acredita ser problemático que os princípios democráticos se subordinem a decisões individuais da Suprema Corte.

Dessa forma, em relação ao protagonismo judicial brasileiro, Trindade e Moraes relatam que o órgão máximo do Poder Judiciário, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, está desempenhando um papel muito maior do que sua competência constitucional literalmente prescreve (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 157/158).

A partir desse cenário, esses autores (2011, p. 158) comentam sobre as palavras do Ministro Celso de Mello, ao empossar o Ministro Gilmar Mendes, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, as quais tentaram demonstrar que o ativismo judicial se cria, de forma natural, de uma “[...] judicialização das relações políticas conferindo aos juízes e tribunais a condição de árbitros dos conflitos existentes na arena política”.

Com essa ponderação, entende-se que os juízes e tribunais preferem ter uma discricionariedade alargada, a fim de que possam exibir posturas decisivas sem maiores críticas e rotulações acerca de suas subjetivas determinações, ou seja, os julgadores exteriorizam “sutilmente” a pretensão de monopolizar as decisões de todos os Poderes previstos na ordem constitucional²⁷.

²⁶ Tassinari (2012, p. 23) situa o leitor no contexto estadunidense, mais precisamente no caso *Marbury x Madison* e afirma que “Na discussão sobre o empossamento de William Marbury como juiz de paz, de acordo com a designação feita pelo então presidente John Adams às vésperas de deixar seu cargo, a Suprema Corte, por decisão do *Chief Justice* Marshall, afirma que, embora a nomeação de Marbury fosse irrevogável, o caso não poderia ser julgado pela Corte. É *declarada inconstitucional*, portanto a seção 13 do *Judiciary Act* – que atribuía competência originária à Suprema Corte para tanto –, sob o fundamento de que tal disposição legislativa ampliava sua atuação para além do que havia sido previsto constitucionalmente, no Article III. Com isso, *por uma decisão judicial* no julgamento de um caso, surgiu o controle de constitucionalidade (judicial review) norte-americano. Refira-se: a Constituição não conferia expressamente este poder de revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso. Dá-se início, assim, às discussões sobre *ativismo judicial* em solo norte-americano”.

²⁷ “[...] compreende-se que o Judiciário exerce um poder ‘político’ ainda que este não lhe seja inerente. Porém, mediante o exposto por Kelsen, percebe-se de forma tangente, que o Judiciário – como um todo – exerce um poder de inovação legislativa e criação do direito, compilando-se, assim, em um poder político, mesmo que a Lei possua a força maior. Por conseguinte, observa-se a crescente demanda no Judiciário, acerca de questões que os poderes Legislativo e Executivo deveriam ponderar e resolver. No entanto, pela desconfiança da sociedade naqueles, o Judiciário tem se tornado o último paladino, com certa margem de idoneidade, em que a sociedade já exausta de escândalos e corrupção, pode se socorrer”. (RECK; VICENTE, 2012, p. 129/130).

É a persistência desse julgador clarividente²⁸, ou, ainda, a sensação de segurança criada pela imagem de alguém ou seu conjunto - ao rememorar Platão e seu colegiado de sábios – capaz de promover a paz entre as pessoas. Não é possível assegurar que os membros do Poder Judiciário, todos, sejam os únicos detentores daquela virtude enunciada por Aristóteles como *prudência* a fim de salvarem o Direito e a Humanidade de seus próprios erros. Decidir deve representar tão somente a maturidade de uma *aprendizagem processual* para se legitimar o Direito dentro do jogo democrático²⁹.

Nesse viés, Streck destaca que são realizados estudos acerca da prática judicial ativista, bem como o fato de essa condição se traduzir numa “representação política”, pois o autor assegura que a violação de preceitos constitucionais, pelo próprio Judiciário, configura ato bem mais grave do que qualquer outro realizado pelos demais Poderes, visto que é do Poder Judiciário a incumbência e a responsabilidade de zelar pela guarda da Constituição. Nesse sentido, as críticas do autor (2011, p. 02) revelam-se por meio de indagações: “Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?”.

No mesmo entendimento, Trindade e Moraes (2011, p. 155) asseveram que, “[...] com a judicialização política[...]”, os tribunais estão protagonizando competências simultâneas com as dos demais Poderes, assim, por meio de suas decisões, intrometem-se no território atribuído ao Executivo e Legislativo, intervindo sobre “[...] as políticas públicas e, conseqüentemente, os orçamentos públicos[...]”. Demonstra-se, dessa forma, que o Judiciário, até então responsável por colocar as leis em prática, acaba por desempenhar uma atuante função na construção de direitos³⁰.

Desse modo, observa-se que, a fim de garantir a Justiça Social³¹ na resolução de um caso concreto, as

²⁸ “O Estado não é mais o ente hegeliano portador etéreo de um *poder* mítico-carismático conferido por um povo icônico que, como Estado-Juiz, promova a catarse urdidora da paz social pela solução de conflitos surgidos em seu exotérico arcabouço”. (LEAL, 2002, p. 68).

²⁹ “O importante não é mais como colocar um direito a serviço natural ou paternal do homem, mas saber se o direito vigente encontra legitimidade na base produtiva e fiscalizatória das normas que o compõem. Para o estudo do processo, esse aspecto é de sumo relevo porque é na perquirição da base produtiva do direito que se afere a legitimidade da norma aplicável e tal relevância só é questionável na estrutura do espaço compartilhado de fiscalidade permanente da constitucionalidade do direito vigorante em instância das garantias processuais da ampla defesa, contraditório e isonomia. Não basta, na teoria da constitucionalidade democrática, validar o direito por um suposto equilíbrio social e harmonia sistêmica de normas vigentes asseguradoras do proceder e do fazer jurídico, emprestando-lhe validade e eficácia pelo zelo e lucidez segura de um decididor-manobrista de métodos interpretativos complexos do dizer e do descobrir verdades ou realizar justiça, porque o que se conquistou, com a democracia jurídica, a partir da legalidade, é o direito fundamental de instaurar uma *aprendizagem processual* permanente para legitimar a validade do direito vigente (jurisdiscência)”. (LEAL, 2002, p. 67/68).

³⁰ E continuam os autores: “[...] os tribunais deixaram de exercer uma função de mero aplicador de leis e assumiram o papel de protagonista na concretização dos direitos, acreditando, ingenuamente, na ideia de que a Constituição é um remédio para todos os males e de que, com ela – aliada a outros instrumentos, tais como os princípios e as cláusulas abertas –, é possível chegar a qualquer resultado através da argumentação jurídica, o que nos leva ao tema problematizado neste artigo: o ativismo judicial”. (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 155).

³¹ “Quanto à JUSTIÇA SOCIAL, ao aceitar o esquema teórico proposto, é preciso incorporá-la como atitude e, coerentemente, exercê-la em comportamentos. Assim, quando se solicita JUSTIÇA SOCIAL, não se pode realizar o apelo ingênua ou maliciosamente – como se o seu destinatário único fosse o Estado, ou um outro, como o Governo. O verdadeiro destinatário dos apelos à JUSTIÇA SOCIAL é o seu Agente: - o todo social, ou seja, a Sociedade. A JUSTIÇA SOCIAL somente apresentará

decisões judiciais não devem se tornar o espaço para oportunizar e disseminar o discricionarismo, e também não podem avançar em outras competências já determinadas pela Constituição Federal, pois, mesmo que os magistrados sejam desprovidos de total imparcialidade, esses protagonistas judiciais precisam observar os princípios do ordenamento jurídico, como, por exemplo, o princípio da separação dos poderes, no qual a competência do Poder Judiciário não se confunde com a dos demais Poderes, embora, na prática, as invasões, por parte deste Poder, já puderam ser percebidas.

Diante desse cenário, segundo a percepção de Streck (2016, p. 24) entende-se que as arbitrariedades devem ser evitadas, pois os magistrados, intérpretes da lei, precisam seguir um dever com a moralidade, visando a encontrar soluções justas, salvaguardando as garantias das partes, pois estas dispõem de um “[...] direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada”.

Segundo o pensamento de Streck, a coerência e a integridade devem estar lado a lado com o Direito. Em explicações sobre a coerência, o autor relata ser necessário que haja uma aplicação principiológica isonômica para a solução de casos similares e, quanto às decisões dos casos idênticos, salienta ser preciso que princípios também idênticos sejam utilizados, assim, além da coerência, “[...] estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição³²”.

A partir desse entendimento, percebe-se que os julgadores devem se aproximar da responsabilidade política ao decidir, comprometendo-se em efetivar a democracia, cumprindo objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal, voltados à justiça, solidariedade e liberdade (STRECK, 2016, p. 12).

Portanto, mesmo que o magistrado tenha suas próprias convicções, não lhe reserva o direito de sentenciar conforme for conveniente às suas interpretações. Desse modo, insiste-se: Não existe espaço na Democracia para a prevalência de subjetividades expressas em sentenças judiciais como fundamento para se

condições de realização eficiente, eficaz e efetiva se a Sociedade, no seu conjunto, estiver disposta ao preciso e precioso mister de contribuir para que cada pessoa receba o que lhe é devido pela sua condição humana. E, da parte do Estado, caso ele exerça uma efetiva, contínua e legítima Função Social. Neste contexto, destaco três pontos estratégicos: 1º - a noção de JUSTIÇA SOCIAL não pode ser presa a esquemas fixados *a priori* e com rigidez indiscutível; 2º - a conduta do Estado não pode ser paternalista para com os necessitados e protetora ou conivente para com os privilegiados; 3º - a responsabilidade pela consecução da JUSTIÇA SOCIAL na sua condição de destinação da FUNÇÃO SOCIAL, deve ser partilhada por todos os componentes da Sociedade”. (PASOLD, 2013, p. 55).

³² Streck assegura que a “Coerência significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade”. (STRECK, 2013b, p. 02).

mitigarem os conflitos humanos e estabelecer condições de paz e harmonia. Democracia envolve conflito, mas essas adversidades precisam ser compreendidas e resolvidas por todos na qualidade de cidadãos e cidadãs, sem a necessidade de uma intervenção ativista e exclusivista dos membros do Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo que tratou sobre o Ensino Jurídico, o Decisionismo e o fenômeno do Ativismo Judicial, constatou-se que o Poder Judiciário vem revelando uma atuação centralizadora no território brasileiro, principalmente quando tem buscado solucionar lides judiciais priorizando critérios extrajurídicos e subjetivos, bem como no momento em que invade a competência de outros Poderes.

Observou-se, ainda, que o Ensino Jurídico omite uma qualificada formação aos juristas, pois o Direito está se resumindo a um estudo padronizado e memorizado, que valoriza a repetição de conhecimentos técnicos, sem maiores questionamentos ou aprofundamentos críticos e reflexivos.

Diante desse aprendizado estandardizado, o acadêmico do Direito não passaria de simples operador, um técnico o qual não é ensinado – e, muitas vezes, não deseja aprender – a interpretar com responsabilidade a pluralidade de significados e sentidos que o universo sócio-histórico-cultural-jurídico viabiliza. Por esse motivo, verifica-se como essa (intensa) fragilidade na construção dos saberes jurídicos favorece uma prática jurisdicional viciada em protagonismos e decisionismos, ou seja, o Ensino Jurídico deixa de ser fonte de aprendizagem democrática, especialmente processual, a fim de conferir legitimidade ao Direito para se fixar nos seus dogmas como fundamento de uma *ultima ratio* incapaz de se renovar no decorrer do tempo.

As funções desempenhadas pelo julgador firmam-se em conhecimentos obtidos pela memorização, assim, frente aos casos concretos, os quais podem apresentar leis omissas, conceitos abertos e jurisprudências contraditórias, o juiz-intérprete, acaba por recorrer à sua própria consciência, aos seus preceitos pessoais, oportunizando que a discricionariedade judicial conquiste espaço nos autos processuais do Poder Judiciário.

Desse modo, restou confirmada a hipótese sugerida no presente artigo, a fim de demonstrar que as insuficiências no Ensino Jurídico fragilizam o Direito e, conseqüentemente, a discricionariedade judicial, bem como os decisionismos estão prevalecendo e respaldando uma atividade jurisdicional ativista. Sob igual critérios, os objetivos deliados para este estudo também foram cumpridos.

Nesse sentido, entende-se que as interpretações particulares dos julgadores ampliaram a atuação do Judiciário por caminhos que não lhe competem. A discricionariedade judicial desponta sob vários ângulos e em múltiplos momentos. Esse fato se consolidou em todo o território brasileiro como expressão de atividade da *sententia ferenda*. Contudo, percebe-se que esse poder discricionário aumenta as desigualdades sociais e oportuniza um retrocesso no modelo democrático brasileiro.

Dessa forma, não existem, no cenário democrático, tampouco no Poder Judiciário, figuras que se assemelhariam, por exemplo, a Antônio Conselheiro, como se observou na Guerra dos Canudos, a fim de nos indicarem qual o caminho, qual a resposta correta para as adversidades vivenciadas pelas pessoas no seu cotidiano. A esperança de uma salvação metafísica, capaz de eliminar todas as angústias e conflitos, vinda das mãos de um ser humano livre de sua humanidade, é apenas ficção e nada mais.

Portanto, a fim de conciliar as condutas dos profissionais jurídicos, dentro do Poder Judiciário, com o atual período democrático, as arbitrariedades judiciais devem ser evitadas, uma vez que não correspondem aos valores e princípios consolidados na Constituição Federal Brasileira. Deseja-se, apenas, uma profunda aprendizagem processual e social capaz de traçar a cartografia da Democracia para a sadia convivência entre as pessoas.

LEGAL EDUCATION, DECISIONISM AND JUDICIAL ACTIVISM: REFLECTIONS FOR AN EXPERIMENT (MORE) DEMOCRATIC IN TERRAE BRASILIS

Abstract

The Brazilian State is defined as democratic and is based on principles that prioritize equality, justice and freedom; However, the Judiciary, responsible for implementing these democratic principles, presents conduct contrary to this political regime adopted by the Brazilian people. The objective of this study is to investigate whether, although the answers to cases do not contain clear rules in the legal system, in other words, the judge decides according to his own creed, disregarding the legal. The method adopted was the Deductive. At the end, it is observed that judges, when incorporating roles of protagonists, decides and establish solutions to any cases from their free, personal and particular conviction.

Keywords: Legal Education; Decisions; Democracy; Judicial Discretion; Judicial Power;

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Tradução de Wolfgang Leo Maar. 6. reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **As raízes do Direito na Pós-Modernidade**. Itajaí, (SC): Editora da UNIVALI, 2016.

_____. **O direito em busca de sua humanidade: diálogos errantes**. Curitiba: CRV, 2014.

AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de; DANELL, Jardel Casanova. Qual educação para os Direitos Humanos? **Revista Direitos Humanos E Democracia**. Unijuí, ano 4, n. 8, jul./dez. 2016. ISSN 2317-5389. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>>. Acesso em: 03 de ago. 2017.

BITTAR, Eduardo. C. B. **Estudos sobre o ensino jurídico**: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania. São Paulo: Atlas, 2006

BRAGA, Nivea Corcino Locatelli. Principais tensões e perspectivas do ativismo judicial. **Estação Científica**, Juiz de Fora, n. 11, jan./jun., 2014. Disponível em: <<http://www.portalestacio.br/.../artigo%2006%20-%20nivea%20corcino%20locatelli...>> Acesso em: 25 jun. 2016.

CARVALHO, Nathalie de Paula. **Uma análise do ensino jurídico no Brasil**. 2011. Disponível em: <http://www.faf7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/Uma_analise_do_ensino_juridico_no_Brasil.pdf> Acesso em: 18 jun. 2016.

COVER, Robert M. *The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*. **Harvard Law Review**, v. 97, v. 1, p. 4-68, nov., 1983.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Para uma ética republicana: virtude(s) e valor(s) da república**. Lisboa: Coisas de Ler, 2010.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Sociedade. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, (RS): Editora da UNISINOS, 2010.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: hermenêutica, Constituição e respostas corretas em direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **A crise do ensino jurídico**. 2000. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a_crise_do_ensino_juridico.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2016.

FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

PASOLD, Cesar Luiz. **A função social do Estado contemporâneo**. Itajaí, (SC): Editora da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, 2013.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2010.

RECK, Janriê Rodrigues; VICENTE, Jacson Bacin. Ativismo judicial: uma forma de controle social?. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 8, n. 1, p. 125-140, jun. 2012. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/281/231>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O Direito errado que se conhece e ensina: a crise do paradigma epistemológico na área do Direito e seu ensino. *In*: FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **A crise do conhecimento jurídico**: perspectivas e tendências do direito contemporâneo. Brasília: OAB Editora, 2004.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O ensino do direito, os sonhos e as utopias. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SANTOS, Paola Lorena Pinto. Jurisdição e processo: a necessária superação do protagonismo e do ativismo judicial para a construção de um processo democrático. **Revista da Esmesc**, v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/...e.../doc.../IJC22_12.pdf> Acesso em: 20 jun. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____. Entrevista. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 81, n. 4, out./nov./dez., 2011. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Consultor Jurídico**, out., 2013b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor Jurídico**, jun. 2013c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. **O que é isto-decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. Cresce o interesse dos alunos por hermenêutica nas faculdades. **Consultor Jurídico**, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-26/senso-incomum-cresce-interesse-alunos-hermeneutica-faculdades>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, UFPR, Curitiba, n. 47, p. 137-164 2011. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/30764/19872>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

WARAT, Luis Alberto. A desconstrução da razão abstrata e o outro pensar: os arquivistas utópicos. *In*: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **A crise do conhecimento jurídico**: perspectivas e tendências do direito contemporâneo. Brasília: OAB Editora, 2004.

Trabalho enviado em 07 de agosto de 2017.

Aceito em 09 de novembro de 2017.